

WYROK
z dnia 9 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Envirotech Sp. z o.o., Marek Bazylewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ELEKTROBUD ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o., ul. Toruńska 146, 87-800 Włocławek** protestu z dnia 23 grudnia 2009r.

orzeka:

1. Oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Envirotech Sp. z o. o., Marek Bazylewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ELEKTROBUD ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Envirotech Sp. z o. o., Marek Bazylewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ELEKTROBUD ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 050 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Envirotech Sp. z o. o., Marek Bazylewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ELEKTROBUD ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o., ul. Toruńska 146, 87-800 Włocławek**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Envirotech Sp. z o.o., Marek Bazylewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe ELEKTROBUD ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o. we Włocławku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja i przebudowa Głównej Przepompowni Ścieków we Włocławku.

17 grudnia 2009 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o. o. z siedzibą we Włocławku, Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie, Molewski Sp. j. z siedzibą w miejscowości Chodecz oraz Contrast Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Wlkp. zwanych dalej: „Konsorcjum HUSAR”.

Wybór dokonany przez zamawiającego stał się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Envirotech Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu oraz Marka Bazylewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „ELEKTROBUD” z siedzibą we Wschowie.

Odwolujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) przez odrzucenie oferty złożonej przez niego w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum HUSAR, zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego się.

Odwolujący się wniósł o: unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum HUSAR, przywrócenia oferty odwołującego się do postępowania i jej oceny zgodnie z ustalonymi kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, a w konsekwencji wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego się.

Uzasadniając podniesione zarzuty, wywiódł że nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty, gdyż ABB wyprodukuje rozdzielnicę wg schematu ideowego dotyczącego rozdzielnic wskazanej w załączniku Nr 7, a wymaganie w treści referencji typu oferowanej rozdzielnicy jest nieuzasadnione prawnie i faktycznie.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 24 grudnia 2009 r., odwołanie 5 stycznia 2009 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający pismem z 31 grudnia 2009 r. oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że podstawowymi dokumentami będącymi deklaracją spełnienia warunków są wypełnione formularze oferty załączone do siwz. Wszystkie inne dokumenty są jedynie potwierdzeniem złożonych w wypełnionych formularzach deklaracji. Skoro w załączniku nr 7 odwołujący się

zadeklarował dostawę rozdzielnicy typu RNM-OB-630 wyprodukowanej przez Marka Bazylewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „ELEKTROBUD”, zwanego dalej: „Elektrobud”, to powinien, zgodnie z opisanymi wymaganiami, dołączyć dokumenty dotyczące tego urządzenia. Przedstawiając karty katalogowe i certyfikaty dotyczące rozdzielnicy innego typu odwołujący się dokonał zmiany treści oferty po terminie wyznaczonym na składanie ofert i tym samym w wyniku postępowania, odrzucił ofertę.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwolujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Potwierdzenie zarzutów spowoduje konieczność unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego się, a ponieważ zaoferował on najniższą cenę w postępowaniu, będzie to równoznaczne z możliwością uzyskania zamówienia.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący się złożył ofertę podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w toku uzupełniania dokumentów dopuścił się zmiany jej treści z obrazą art. 87

ust. 1 ustawy.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść siwz to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości,

jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający w rozdziale 12 ust. 3 siwz wymagał wskazania producenta oraz typu oferowanej rozdzielnic, wymagał również złożenia referencji od użytkowników oferowanych urządzeń. W złożonym wykazie odwołujący się zaoferował rozdzielnicę RNM-OB-630 wyprodukowaną przez „Elektrobud”. 24 listopada 2009 r. zamawiający wezwał odwołującego się do uzupełnienia oferty o wymagane dokumenty, m.in. o karty katalogowe, aprobaty techniczne, certyfikaty bezpieczeństwa oraz co najmniej 2 referencje od użytkowników zaoferowanej rozdzielnic. W odpowiedzi odwołujący się złożył dokumenty dotyczące rozdzielnic, której producentem ma być ABB Sp. z o. o., w tym trzy referencje dotyczące montażu, z których dwie nie wskazywały typu rozdzielnic, a kolejna wskazywało typ zamontowanej rozdzielnic jako RMN.

W toku postępowania odwołujący się wyjaśnił również, że ABB Sp. z o. o. zaprojektuje, wyprodukuje oraz zainstaluje rozdzielnicę wg schematu ideowego rozdzielnic RNM-OB-630. Niesporne jest między stronami, że siwz nie zawierała wymagania w stosunku do wykonawcy, aby posiadał on certyfikat jakościowy zgodny z ISO 9000 i środowiskowy zgodny z ISO 140000. Posiadanie takiego certyfikatu było natomiast wymagane w stosunku do firmy, która miała zaprojektować, wykonać i zainstalować rozdzielnicę elektryczną. W pierwotnie złożonym załączniku Nr 7 wskazana została rozdzielnica wyprodukowana przez nieposiadającego obu wymaganych certyfikatów.

W świetle powyższego przedmiotem sporu pozostaje, czy dopuszczalne jest wskazanie w ramach wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy rozdzielnic wyprodukowanej przez ABB?

W ocenie Izby na tak postawione pytanie udzielić należy odpowiedzi negatywnej.

Nietrafnie powołuje zamawiający okoliczność, że skoro rozdzielnica stanowi produkt oferowany na indywidualne zamówienie, to nie ma dwóch takich samych rozdzielnic, i w konsekwencji nie można wymagać wskazania ich nazw w wymaganych przez zamawiającego referencjach.

Po pierwsze: postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje formalizm, którego celem jest m. in. ochrona wykonawców przed arbitralnym działaniem ze strony zamawiających. Z powyższego wynika nakaz, potwierdzony przez stanowisko doktryny i orzecznictwa, posługiwania się przy interpretacji postanowień siwz przede wszystkim wykładnią literalną.

Jednym z postulatów wykładni literalnej jest używanie pojęć w ich powszechnie stosowanym znaczeniu.

Izba zważyła zatem, że pod pojęciem „producent” rozumieć należy podmiot, który rozdzielnicę faktycznie wytworzy. Wskazując w ofercie jako producenta odwołujący się zobowiązał się do świadczenia rozdzielnic wytworzonej przez dany podmiot. Oferując w ramach uzupełnienia rozdzielnicę wyprodukowaną przez ABB dopuścił się zmiany treści oferty. Zamawiający wymagał, aby zaoferowana rozdzielnica została zaprojektowana, wyprodukowana oraz zainstalowana przez wykonawcę posiadającego wymagane certyfikaty ISO. Odwołujący się zaoferował rozdzielnicę pochodzącą bezpośrednio od firmy „Elektrobud” producenta nieposiadającego wymaganych certyfikatów, co powoduje niezgodność

oferowanego świadczenia z wymaganiami siwz.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie można mówić o tożsamości technologicznej świadczenia, w sytuacji, gdy ich wytwórcy posiadają inne właściwości, którym zamawiający przypisał istotne znaczenie. Podnieść też należy, że oświadczenie, iż rozdzielnicę zaprojektuje, wyprodukuje oraz zainstaluje ABB wskazuje na wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawcy. Tymczasem w treści formularza ofertowego odwołujący się zadeklarował samodzielne wykonanie zamówienia. Powyższe stanowi dokonaną zmianę treści oferty w zakresie sposobu realizacji zamówienia naruszającą art. 87 ust. 1 ustawy. Potwierdza również niezgodność oferty odwołującego się z treścią siwz. Po drugie: Zamawiający ustalił wymóg złożenia referencji nie dla potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, ale celem potwierdzenia spełniania przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego. Referencje stanowią zatem dokument o charakterze przedmiotowym, co znajduje oparcie w taksatywnym katalogu zawartym w § rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Wymaganie zamawiającego, co do wskazania w dokumencie referencji typu danej rozdzielnicy zostało wprost wskazane w odpowiedziach na pytania do treści siwz z 10 listopada 2009 r. Udzielone odpowiedzi stanowią wykładnię autentyczną treści siwz i wiążą zamawiającego na równi z wykonawcami. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać ustalonych przez siebie w ten sposób wymagań, działanie przeciwne narusza art. 7 ust. 1 ustawy. Sektor zamówień publicznych stanowi element obrotu gospodarczego, co wymaga od jego uczestników podejmowania działań zmierzających do ochrony ich praw. Profesjonalizm wykonawcy

polega na dokładaniu należytej staranności na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jego wyrazem jest m. in. adekwatna reakcja na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę. Skoro odwołujący się utrzymuje, że nie jest celowe ani też *de facto* możliwe podane typu oferowanej rozdzielnicy w dokumencie referencyjnym, to winien w terminie ustawowym wnieść protest na ustalone w treści odpowiedzi wymaganie, czego zaniechał. Obecnie podważanie wymagania zamawiającego stanowi próbę zakwestionowania wyjaśnienia treści siwz z naruszeniem terminu na dokonanie tej czynności. Terminy wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej (w konsekwencji na podnoszenie zarzutów) mają charakter zawity, ich upływ powoduje utratę prawa do kwestionowania czynności zamawiającego.

Zamawiający w siwz zobowiązał wykonawców do wskazania producenta i typu oferowanej rozdzielnicy oraz złożenia dokumentów dotyczących danej rozdzielnicy, w tym wymaganych referencji. Odwołujący się nie złożył dokumentów odnoszących się do zaoferowanej rozdzielnicy a ich uzupełnienie nie może być uznane za skuteczne, gdyż doprowadziło do zmiany treści oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie. Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, w wysokości 3050 zł podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....